

## IL TRIBUNATO DELLA PLEBE E IL *MINISTERIO PUBLICO* DEL BRASILE

THE TRIBUNATE OF THE PLEBS AND THE *PUBLIC MINISTRY* OF BRAZIL

Carlos Alexandre Böttcher\*

### Resumo:

O Tribunado da Plebe representou importante instituição na Roma republicana sobretudo pelo exercício da intercessão (*intercessio*) contra as decisões do Senado e das Magistraturas, possibilitando ao povo opor-se aos abusos de direito. Apesar de ter sido apresentado por Rousseau como o mais firme apoio de uma boa constituição (*plus ferme appui d'une bonne constitution*), a noção de Tribunado não foi adotada pelas constituições liberais surgidas desde o século XIX. Atualmente surgem novas figuras (*ombudsman*, *defensor del pueblo*, *mediateur*), que trazem elementos do Tribunado romano, demonstrando a crise da tripartição dos poderes. Dentro desse contexto de crise do Estado e da tripartição, são analisados os paralelos entre a instituição romana e o Ministério Público do Brasil.

Palavras-chave: Tribunado da Plebe. Direito público romano. Crise da tripartição de poderes. Ministério Público.

### Abstract:

The Tribune of the Plebs roled an important institution in the Roman Republic mainly because of intercession against the decisions of Senate and Magistracies, making possible the people's opposition to the abuses of law. Despite it has been introduced by Rousseau as the most firm support of a good constitution (*plus ferme appui d'une bonne constitution*), the idea of Tribune was not adopted by the liberal constitutions, that appeared since the 19th century. At present time, new figures have been created (*ombudsman*, *defensor del pueblo*, *mediateur*), that have elements of the Roman Tribune, demonstrating the crisis of the separation of powers doctrine. In this context of crisis of the State and the separation of powers, on analyses the similarities between the Roman institution and the Public Prosecution of Brazil.

Keywords: Tribune of the Plebs. Roman public law. Crisis of the separation of powers theory. Public Prosecution of Brazil.

### 1. Introduzione

Nel 2007 sono ricorsi duemilacinquecento anni dal giuramento della plebe sul Monte Sacro (493 a.C.), che concluse la prima secessione da Roma e diede fondamento alla potestà dei tribuni della plebe.<sup>1</sup>

\* Juiz de Direito em São Paulo. Doutor e Mestre em Direito Civil (História do Direito) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Romano pela Università di Roma La Sapienza, Itália.

<sup>1</sup> CATALANO, P.; LOBRANO, G. *Promemoria Storico-Giuridico del XXVII Seminario Internazionale di Studi Storici. Da Roma alla Terza Roma*, Roma, 19-21 aprile 2007.

Come è noto, questo celebrato avvenimento storico ebbe notevole rilevanza per lo sviluppo della *civitas* romana e soprattutto per l'esercizio di un regime di fondamento popolare.

Nonostante la nozione del Tribunato praticamente si sia persa nelle moderne costituzioni, pare che man mano è stata ripresa sotto altre forme a causa della crisi della tripartizione dei poteri.

Quindi il presente lavoro intende dimostrare il collegamento fra l'idea di Tribunato della Plebe e le attività svolte dal *Ministério Público*<sup>2</sup> in Brasile.

## 2. Il Tribunato della Plebe

Varie sono le ipotesi formulate sull'origine della plebe, le quali però non sono l'obiettivo di questo lavoro.<sup>3</sup> Infatti, ci vorrebbe un intero studio dedicato a tutte le teorie sull'origine della plebe.<sup>4</sup>

Tuttavia, quello che ci interessa è riprendere la situazione di lotta esistente tra gli ordini patrizio e plebeo. Infatti, i diversi strati plebei cercavano di unirsi contro la supremazia politica ed economica del patriziato.

Nel 494 a.C., scoppiò la prima ribellione della plebe e la tradizione accolta dal testo di Tito Livio ci narra che i principali protagonisti di questa sollevazione furono i *nexi*.

La plebe si ritirò sul Monte Sacro, rifiutandosi di rientrare in città senza avere prima garanzie alle proprie rivendicazioni politiche ed economiche. Rispettivamente, chiedendo sia il riconoscimento di una propria organizzazione di rappresentanti sia provvedimenti a favore dei debitori.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Il mantenimento del termine *Ministério Público*, in lingua portoghese, anziché il corrispettivo *pubblico ministero*, in lingua italiana, è stato scelto per rilevare le differenze tra entrambi gli organi.

<sup>3</sup> GROSSO, G. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*, 5ª ed., Torino, Giappichelli, 1965, p.79, senza specificare le varie congetture, ritiene che la stessa varietà dimostra la debolezza di una ricostruzione fondata su una differenza etnica tra plebei e patrizi.

<sup>4</sup> RICHARD, J. C. *Les origines de la plèbe romaine*, Roma, École Française de Rome, 1978, pp.03-73 elenca cronologicamente le diverse teorie sull'origine del dualismo patrizio-plebeo, citando i loro autori, tali Sigonius, Vico, B.G. Niebuhr, W. Ihne, A. Schwegler, T. Mommsen, P. Willems, W. Soltau, E. Belot, D. Fustel de Coulanges, D. Pellegrino, M. Zöller, J. G. Cuno, M. Voigt, F. Bernhöft, K.J. Neumann, G. Botsford, G. Sergi, G. Oberziner, R.S. Conway, G. Boni, W. Ridgeway, R.W. Husband, C. Renel, A. Merlin, J. Binder, G. Bloch, A. Rosenberg, A. Piganiol, H.J. Rose, P. Bonfante, P. De Francisci, F. Bozza, W. Hoffmann e F. Altheim.

<sup>5</sup> D. 1.2.2.20 (Pomp. l.s. enchir.): Isdem temporibus cum plebs a patribus secessisset anno fere septimo decimo post reges exactos, tribunos sibi in monte sacro creavit, qui essent plebei magistratus. Dicti tribuni, quod olim in tres partes populus divisus erat et ex singulis singuli creabantur: vel quia tribuum suffragio creabantur (in quei tempi in cui la plebe dichiarò la secessione dai patrizi, circa diciassette anni dopo la cacciata dei re, elesse per se i tribuni sul Monte Sacro, che furono magistrati plebei. Vennero chiamati tribuni perché un tempo il popolo era diviso in tre parti ed erano eletti singolarmente, ognuno da ciascuna parte; oppure perché erano eletti dal suffragio delle tribù).

L'accordo si raggiunse alle seguenti condizioni: la plebe avrebbe avuto dei propri magistrati inviolabili ai quali spettasse il diritto di difendersi dai consoli, e che a nessuno dei patrizi sarebbe stato permesso assumere questa magistratura. Così furono creati i tribuni della plebe.<sup>6</sup>

Dalla narrazione di Tito Livio, desunta dal Libro 2. 33, si legge:

Agi deinde de concordia coeptum, concessumque in condiciones ut plebi sui magistratus essent sacrosancti quibus auxilii latio aduersus consules esset, neue cui patrum capere eum magistratum liceret. Ita tribuni plebei creati duo, C. Licinius et L. Albinus; hi tres collegas sibi creauerunt. In his Sicinius fuisse, seditionis auctorem; de duobus, qui fuerint, minus conuenit. Sunt qui duos tantum in Sacro monte creatos tribunos esse dicant, ibique sacratam legem latam.<sup>7</sup>

Due anni dopo la grande secessione, nel 492 a.C., i tribuni fecero approvare una seconda legge affinché fossero garantiti la propria attività e i propri compiti, la quale allargava il campo di attuazione dei tribuni rispetto alla prima *lex sacrata*.<sup>8</sup>

Entrambe le *leges sacratae* ebbero le seguenti caratteristiche comuni: nacquero come deliberazioni rivoluzionarie su proposta dei tribuni, furono leggi fondamentali in difesa della plebe, del suo ordinamento, dei suoi magistrati e comminarono la *sacratio capitis* e *bonorum* del contravventore.<sup>9</sup>

Ripercorsi brevemente questi avvenimenti, ora si vedrà la cosiddetta *potestas tribunicia* o *sacrosancta*, cioè, il potere dei tribuni della plebe ed il suo contenuto configurato nello *ius intercessionis* e nello *ius agendi cum plebe*.

La definizione del tribunato come *auxilii latio aduersus consules* sarebbe un errore perché riduce il ruolo dei suoi titolari alla difesa degli *humiles* o dei piccoli proprietari minacciati. Dal fatto che essi furono portati molto presto ad opporsi ai *praetores*, ne derivò che non si comportassero solo da difensore degli oppressi, ma anche

<sup>6</sup> SERRAO, F. *Diritto privato economia e società nella storia di Roma: 1. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Napoli, Jovene, 2006, p. 84-85.

<sup>7</sup> Furono prese misure verso la concordanza e si raggiunse un'accordo in questi termini: i plebei avrebbero magistrati per se stessi, che dovrebbero essere inviolabili, a cui spetterebbe il diritto di ausiliare il popolo contro i consoli, e non era lecito a qualsiasi senatore assumere questa magistratura. Dunque furono eletti due tribuni, Gaio Licinio e Lucio Albinio, i quali nominarono altri tre colleghi, tra cui Sicinio, il promotore della sedizione. Non si è sicuri di chi fossero gli altri due. Alcuni dicono che solo due tribuni furono creati sul Monte Sacro, dove fu la legge sacra approvata.

<sup>8</sup> Da Cicerone, *Pro Sestio* 37.79, si ricava come: *itaque fretus sanctitate tribunatus, cum se non modo contra vim et ferrum, sed etiam contra verba atque interfationem legibus sacratis esse armatum putaret...* (quindi affidandosi nell'invulnerabilità del tribunato, come se ritenesse armato dalle leggi sacrate, non solo contro la violenza e le armi, ma anche contro le parole ed interruzione del discorso...).

<sup>9</sup> SERRAO, F. *Diritto privato* cit. (nota 6), p. 85-86.

da conduttore della plebe.<sup>10</sup> L'assistenza che i tribuni dovevano fornire ad ogni plebeo che la richiedesse non poteva essere staccata dalla loro *intercessio*.<sup>11</sup>

Diversamente dalla portata dell'epoca classica, in cui lo *ius intercessionis* permise ad ogni tribuno di revocare la decisione di un magistrato o di un collega, nella sua forma primitiva, la *intercessio* è il supporto materiale necessario all'esercizio dello *auxilium*, poiché, per intercedere, il tribuno doveva interporre tra il plebeo che richiedeva il suo concorso e il littore incaricato da un console di catturarlo. Quindi il tribuno serviva di riparo all'individuo in favore del quale interveniva.<sup>12</sup>

D'altra parte, il divieto di interrompere un tribuno, legato alla delibera del 492 a.C., costituì la suprema garanzia del libero uso del suo *ius cum plebe agendi*.<sup>13</sup>

La stessa natura della *intercessio* era sufficiente a spiegare la regola che impediva i tribuni dell'assenza dalla *urbs* e prescriveva di lasciare le porte aperte delle loro case durante la notte.<sup>14</sup>

L'*intercessio* o il veto tribunizio può fermare gli ordini, i decreti del console, le deliberazioni del senato, le proposte di legge, le elezioni e la convocazione dei comizi.<sup>15</sup>

Diversamente per quanto inerente al contenuto del potere tribunizio ed i rapporti tra la *intercessio* e la magistratura, si sono essenzialmente rilevati due orientamenti riconducibili ai modelli interpretativi del sistema giuridico repubblicano romano proposti da T. Mommsen e E. Von Herzog. Il primo dei quali riteneva la *tribunica potestas* di genere magistratuale, mentre l'altro di tutela dei *cives* nei confronti della magistratura e del senato.<sup>16</sup>

### 3. Il Tribunato nella dottrina di Rousseau

La nozione di Tribunato della plebe fu oggetto di riflessione in diverse epoche successive.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> RICHARD, J. C. *Origines* cit. (nota 4), p. 570-571.

<sup>11</sup> Gell. 13.12.9: *quod tribuni plebis antiquitus creati videntur non iuri dicundo nec causis querelisque de absentibus noscendis, sed intercessionibus faciendis, quibus usus praesens fuisset, ut iniuria, quae coram fieret, arceretur*.

<sup>12</sup> RICHARD, J.C. *Origines* cit. (nota 4), p. 570-571.

<sup>13</sup> Dion. 7.17.5.

<sup>14</sup> Dion. 8.87.6; Gell. 13. 12.9-11; Macr. *Sat.* 1.3.8; Serv. *Aen.* 5. 738; Plut. *Quest.Rom.* 81.

<sup>15</sup> BONFANTE, P. *Storia del diritto romano*, I, 4.ed. Milano: Giuffrè, 1958. p. 115.

<sup>16</sup> Conforme riportato da G. Lobrano, *Il potere dei Tribuni della Plebe*, Milano, Giuffrè, 1982, pp.62-63, a cui si rinvia per approfondimento sul tema.

<sup>17</sup> Le varie dottrine sul Tribunato romano anteriori e posteriori a Rousseau sono riportate in P.Catalano, *Tribunato e resistenza*, Torino, Paravia, 1971, riferendosi a Padre Juan de Mariana, girondini, giacobini, sanculotti, Johannes Althusius, Gracchus Babeuf, Filippo Buonarroti, Johann Gottlieb Fichte, *giacobini italiani*, Sieyès, Napoleone.

Nel settecento, Jean-Jacques Rousseau, nel Capitolo V del Libro IV (*Du tribunal*), della sua opera *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*,<sup>18</sup> riprende l'istituto nel riferirsi a una *magistrature particulière*, che non fa parte delle altre e che fa un collegamento o un mezzo termo *soit entre le prince et le peuple, soit entre le prince et le souverain, soit à la fois des deux côtés s'il est nécessaire*.

Questo corpo viene da Rousseau chiamato *tribunat* ed è ritenuto il *conservateur des lois et du pouvoir législatif* con il compito talvolta di servire *à protéger le souverain contre le gouvernement, comme faisaient à Rome les tribuns du peuple*.

Inoltre, Rousseau proseguendo nel descrivere il tribunato dichiarò che:

Le tribunal n'est point une partie constitutive de la cité, et ne doit avoir aucune portion de la puissance législative ni de l'exécutive: mais c'est en cela même que la sienne est plus grande: car, ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher. Il est plus sacré et plus révérend, comme défenseur des lois, que le prince qui les exécute, et que le souverain qui les donne. C'est ce qu'on vit bien clairement à Rome, quand ces fiers patriciens, qui méprisèrent toujours le peuple entier, furent forcés de fléchir devant un simple officier du peuple, qui n'avait ni auspices ni juridiction.

Aggiungendo per di più che la sua istituzione fosse il *plus ferme appui d'une bonne constitution*.

Il concetto di tribunato viene individuato da Rousseau sulla base di un'esame storico della realtà costituzionale romana, il quale tiene certo conto dell'interpretazione di Niccolò Machiavelli, per cui la creazione del Tribunato della plebe *fece la repubblica più perfetta*.<sup>19</sup>

Infatti, nel Capitolo V del Libro I dei *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, il Machiavelli, definendo i tribuni come *guardia della libertà*, confronta i Romani, presso i quali tale guardia *fu messa nelle mani della Plebe*, con gli Spartani e con i Veneziani, presso i quali *la è stata messa nelle mani de' Nobili*.<sup>20</sup>

Alla luce di questi precetti, si può quindi ritenere che il tribunato enunciato da Rousseau rivestisse sempre il ruolo di difensore della volontà dell'universalità dei cittadini sovrani, ossia, in questo senso *difensore delle leggi* e che, conseguentemente, il tribunato non avesse una funzione meramente giurisdizionale, ma politica in senso pieno.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> La prima edizione fu pubblicata ad Amsterdam da Marc-Michel Rey nel 1762. Ce ne sono numerosissime edizioni e traduzioni.

<sup>19</sup> Il Capitolo III del Libro I della sua opera *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, pubblicata verso il 1517, fu intitolato *quali accidenti facessero creare in Roma i Tribuni della Plebe, il che fece la Repubblica più perfetta*.

<sup>20</sup> P. Catalano scorge l'ispirazione rousseauiana sul testo di Machiavelli anche da questo confronto, in *Tribunato* cit. (nota 15), p. 36-40.

<sup>21</sup> CATALANO, P. *Tribunato* cit. (nota 15), p. 40.

Il tribunato è perfettamente coerente con i principi riguardanti la libertà, cioè, il potere del popolo e la resistenza contro gli abusi del governo.<sup>22</sup>

L'istituzione del potere tribunizio fu ripresentata, sebbene con altri nomi, in alcune proposte formulate durante il periodo della Rivoluzione Francese: dai sanculotti (*Tribunal d'éphores*), nel progetto giacobino di Costituzione (*Grand juré national*), da Raffron, Saint Just (*Censeurs*), Babeuf e Buonarroti.

Nonostante, lo studio di questo aspetto del pensiero di Rousseau e dell'azione dei democratici è stato trascurato a partire dal liberalismo, visto che il tribunato è profondamente estraneo all'ordinamento dello *stato di diritto* borghese e alla *divisione dei poteri*. L'idea di una istituzione impeditiva si trasforma in un semplice controllo di costituzionalità, che complementa la *divisione dei poteri*. Da molti studiosi odierni, il tribunato rousseauiano non viene distinto dalle istituzioni a cui è affidato il suddetto controllo e le Costituzioni moderne respinsero ogni istituzione di tipo tribunizio, nonché il diritto di resistenza.<sup>23</sup>

Da una elaborazione insufficiente dello stesso Rousseau, ne derivò uno degli ostacoli all'idea del tribunato. Quest'insufficienza rese possibile la critica dell'istituto da parte di Robespierre, manifestata nel suo discorso *Sur la Constitution* del 1793, anche se lui stesso lo ritenne come *moyen pour défendre la liberté*.<sup>24</sup>

La terminologia impiegata da Rousseau non si presentò per del tutto precisa, poiché usò l'espressione *droit négatif* sia per designare il potere di veto da parte del governo che del popolo.

Riferendosi alla distinzione di P. Bonfante sull'aspetto positivo e negativo della sovranità, P. Catalano discerse il *potere negativo diretto* ovvero quello esercitato direttamente dai cittadini (secessione, sciopero), da quello *indiretto*, ossia esercitato indirettamente attraverso strumenti designati genericamente come *tribunato*.<sup>25</sup>

#### 4. La crisi dello Stato

Dagli inizi del secolo XX, ancora si discute di crisi dello Stato.<sup>26</sup>

La *dottrina interpreta correttamente come crisi dello Stato un insieme a fenomeni di rottura e di transizione, che investono lo Stato costituzionale contemporaneo*.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> CATALANO, P. *Crise de la division des pouvoirs et tribunal (le problème du pouvoir négatif)*, in M. G. Vacchina (org.), *Attualità dell'Antico* 6, Aosta, 2005, p. 204.

<sup>23</sup> CATALANO, P. *Poder Negativo*, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, 59, São Paulo, Saraiva, 1981, p. 149.

<sup>24</sup> CATALANO, P. *Crise de la division* cit. (nota 22), p. 206.

<sup>25</sup> CATALANO, P. *Poder Negativo* cit. (nota 23), p. 152.

<sup>26</sup> CASSESE, S. *La crisi dello Stato*, Bari, Laterza, 2002, p. 3 indica opere d'altri studiosi quali S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, (1910), poi in ROMANO, S. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Giuffrè: Milano, 1969 e JEMOLO, A. C. *La crisi dello Stato moderno*. Bari: Laterza, 1954.

<sup>27</sup> LOBRANO, G. Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e il 'modello del diritto pubblico romano'. *Diritto e Storia*, 5, 2006.

Uno di questi filoni è appunto quello riguardante la teoria della tripartizione dei poteri di Montesquieu, secondo la quale la libertà sarebbe stata garantita attraverso la divisione ed equilibrio dei poteri.<sup>28</sup>

Tuttavia, questo modello di separazione dei poteri adottato dal costituzionalismo liberale non ha raggiunto i suoi scopi ed è stato ritenuto addirittura fallito da parte della dottrina.<sup>29</sup>

A tal punto la ripresa del modello costituzionale di base romanistica, soprattutto per quello che riguarda l'istituzione del tribunato, si presenta come mezzo per una più efficace difesa della libertà.

Negli ultimi anni, si osserva la crescita di numerose istituzioni in diverse costituzioni di tutto il mondo, che non si inseriscono nello schema tradizionale della divisione dei poteri, quali lo *ombudsman*, il *defensor del pueblo*, il difensore civico.<sup>30</sup> In queste istituzioni, si intravedono elementi del potere tribunitio.

Dunque, la cosiddetta crisi della tripartizione dei poteri negli stati contemporanei non può fare a meno dell'istituzione tribunitia.

## 5. Il Ministério Público del Brasile

Esposte le linee principali del Tribunale della plebe e il successivo sviluppo della dottrina del potere negativo affidato alle istituzioni di tipo tribunitio, si esaminerà il *Ministério Público* del Brasile.

Infatti, tale organo non viene spesso esaminato in rapporto con il tribunato, come accade invece rispetto ad altre recenti figure costituzionali (*defensor del pueblo*, difensore civico, *médiateur*).

A mio avviso, la mancanza di presa in considerazione dalla dottrina è dovuta al fatto che la denominazione dell'organo rinvia ad altre funzioni in vari ordinamenti giuridici spettanti soprattutto alla procedura penale.

Comunque, non sarà il caso di confrontare il *Ministério Público* brasiliano con gli organi con la stessa denominazione di altri paesi, come la Francia e l'Italia, poiché

<sup>28</sup> Dopo aver scritto sulle tre forme di potere, nel Capitolo VI del Libro XI dell'opera *De l'Esprit des lois*, pubblicata anonimamente per la prima volta nel 1748 a Ginevra, Montesquieu afferma che *tout seroit perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçoient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, celui de juger les crimes ou les differends des particuliers*.

<sup>29</sup> G. Lobrano conclude addirittura che *la costituzione è fallita, non serve più ovverosia non c'è costituzione*, nel saggio *Dal 'Defensor del Pueblo' al Tribunale della plebe: ritorno al futuro. Un primo tentativo di interpretazione storico-sistemica, con particolare attenzione alla impostazione di Simón Bolívar*, in CATALANO, P.; LOBRANO, G.; SCHIPANI, S. (org.). *Da Roma a Roma. Dal Tribunale della Plebe al Difensore del Popolo. Dallo Jus Gentium al Tribunale Penale Internazionale*. Roma: Quaderni Istituto Italo-Latino Americano, 2002, p.71.

<sup>30</sup> CATALANO, P. *Crise de la division cit.* (nota 17), p. 221.

l'insieme di competenze a esso affidate sono diverse. E sono proprio queste differenze che ora si analizzano.

Inanzitutto, si ricava l'origine del *Ministério Público* brasiliano da quello portoghese soprattutto dalla compilazione di leggi denominata *Ordenações Manuelinas* pubblicata nel 1521, la quale creò il *Promotor de Justiça*.<sup>31</sup>

Nella storia costituzionale del Brasile, il *Ministério Público* subì molte modifiche.

Nelle due prime Costituzioni brasiliane (1824 e 1891), ci furono soltanto accenni sparsi alla figura del *promotor de justiça* con diverse denominazioni, mentre l'istituzione non era stata ancora formalmente ordinata.<sup>32</sup>

Solo la Costituzione del 1934 fu la prima a disciplinare il *Ministério Público* come istituzione, in capitolo indipendente.<sup>33</sup>

Il *Ministério Público* subì retrocessi nelle Costituzioni promulgate in regimi autoritari come quelle del 1937, 1967 e 1969 per quanto riguarda soprattutto l'indipendenza dell'organo.

L'attuale Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile è stata promulgata nel 1988, tre anni dopo la cosiddetta *redemocratização*, cioè, la ripresa della democrazia dopo venti anni di regime militare.

Nell'Assemblea Costituente, ci sono stati dei dibattiti sull'istituzione di un *defensore del popolo*. Però, si è conclusa la discussione con l'assorbimento di queste funzioni dal *Ministério Público*.

Anche se almeno formalmente la Costituzione brasiliana del 1988 non è stata innovativa nel senso di allontanarsi dalla tripartizione dei poteri,<sup>34</sup> nella divisione delle materie, è interessante costatare che il *Ministério Público* non è stato inserito in nessuno dei tre poteri della Repubblica.

Il Titolo IV della Costituzione brasiliana, nominato *Da Organização dos Poderes*, è diviso in quattro capitoli, i primi tre dei quali riguardanti ogni potere (Capitolo I: Potere Legislativo, articoli 44-75; Capitolo II: Potere Esecutivo, articoli 76-91; Capitolo III: Potere Giudiziario, articoli 92-126). In seguito, il Capitolo IV, ancora appartenente al titolo

<sup>31</sup> Allora chiamato *Promotor de Justiça* nelle suddette *Ordenações Manuelinas* 1,34.

<sup>32</sup> L'articolo 48 della Costituzione dell'Impero, promulgata nel 1824, due anni dopo l'indipendenza brasiliana dal Portogallo, prevede una sola disposizione riguardante l'accusa nei giudizi criminali dal *procurador da Coroa e Soberania Nacional*, mentre l'articolo 58, § 2°, della prima Costituzione repubblicana del 1891, dispose soltanto sulla scelta del *procurador-geral da República*.

<sup>33</sup> I suoi articoli 95 a 98 disciplinarono i caratteri generali del *Ministério Público*, in due livelli federativi (*Ministério Público da União e Ministério Público dos Estados*), garanzie ed impedimenti.

<sup>34</sup> Infatti, l'articolo 2° della Costituzione brasiliana vigente dispone che *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.



sull'organizzazione dei poteri, è chiamato *Das funções essenciais à Justiça*, la cui prima sezione è dedicata al *Ministério Público* disciplinato negli articoli 127 a 130.<sup>35</sup>

Come esposto fin qui, anche se non risulta formalmente abolita la tripartizione dei poteri della Repubblica,<sup>36</sup> il non inserimento del *Ministério Público* in nessuno dei tre dimostra un'innovazione, poiché ne risulta il riconoscimento della sua indipendenza da loro. A quanto pare la scelta è stata cosciente e può essere ribadita dal fatto che altro organo di controllo, come il *Tribunal de Contas*, è stato inserito come ausiliare del Potere Legislativo.<sup>37</sup>

Infatti, nelle Costituzioni brasiliane anteriori del 1967 e del 1969, il *Ministério Público* era stato incluso negli organi appartenenti ai Poteri Giudiziario e Esecutivo, rispettivamente.

Dunque, la Costituzione del 1988 ha riconosciuto tale autonomia al *Ministério Público*.

A questo punto, si deve però rilevare che l'inclusione del *Ministério Público* in un potere o in un altro o addirittura il suo formale riconoscimento come quarto potere non è il fatto più importante. Anzi, rilevanti sono le garanzie e gli strumenti affidati ai suoi membri per l'esercizio delle sue funzioni.<sup>38</sup>

Ciò nonostante, parte della dottrina lo ritiene come quarto potere dello Stato anche prima della Costituzione del 1988.<sup>39</sup>

Ora esaminiamo la disciplina del *Ministério Público* nella Costituzione brasiliana del 1988.

Dispone l'articolo 127 che il *Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

*Istituzione permanente* vuol dire che è uno degli organi dello Stato per cui manifesta la sua sovranità e che non può essere abolito dal potere costituente derivato.

Con *essenziale all'attività giurisdizionale dello Stato*, la Costituzione prescrive meno di ciò che avrebbe dovuto disciplinare perché il *Ministério Público* ha innumerevoli altre funzioni eseguite indipendentemente dalla giurisdizione e

<sup>35</sup> L'articolo 130A è stato introdotto dalla *Emenda* (Revisione) Costituzionale n. 45 del 2004.

<sup>36</sup> Come è successo più recentemente nella Costituzione della Repubblica bolivariana del Venezuela del 1999.  
<sup>37</sup> Vide articolo 71 della Costituzione brasiliana.

<sup>38</sup> MAZZILLI, H.N. *Introdução ao Ministério Público*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007. p. 66-67.

<sup>39</sup> DIAS, M. *Ministério Público Brasileiro*, v. 1, Rio de Janeiro, José Konfino, 1955 pp. 314-315 afferma che *esta, a posição indiscutível que compete ao Ministério Público, isto é, a de Quarto Poder do Estado, ou seja: Poder Legal, Poder Fiscalizador; Poder Coordenador ou que outra denominação que lhe queira dar; quando no exercício de sua atribuição precípua de agente da lei e fiscal de sua fiel execução; e não a de simples 'órgão do Estado'*, nonché A. Valladão, *Ministério Público: quarto Poder do Estado e outros estudos jurídicos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1973.

paradossalmente anche più di quello che avrebbe dovuto statuire perché non attua in tutti i processi.<sup>40</sup>

Tuttavia, la Costituzione gli affidò la difesa del ordinamento giuridico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali indisponibili, ossia, le principali forme di interesse pubblico. *Interesse público* non va inteso come interesse dello Stato, bensì come interesse della collettività o bene generale, ricollegandolo alla etimologia originaria di *populus*. In effetti, gli interessi del popolo spesso sono diversi da quelli dei governanti.

I paragrafi dell'articolo 127 della Costituzione brasiliana elencano i principi dell'organo e le garanzie di autonomia amministrativa e finanziaria.<sup>41</sup>

L'articolo 128 della Costituzione indica la composizione del *Ministério Público*, la nomina del *Procurador Geral da República*, gli impedimenti e le garanzie dei suoi membri.

Le competenze del *Ministério Público* sono esemplificate dall'articolo 129 della Costituzione brasiliana, perché l'elenco può essere completato dalla legge ordinaria.

Tra le varie funzioni, si indicano quelle più attinenti alla materia ora in esame:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Da questi testi, si può verificare l'importante consolidamento delle attribuzioni del *Ministério Público*. Infatti, gli compete curare l'effettivo rispetto dei diritti garantiti nella Costituzione dai poteri pubblici e dai servizi di rilevanza pubblica, nonché prendere le misure necessarie alla sua garanzia. Inoltre, gli spetta promuovere le indagini e l'azione per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell'ambiente e di altri diritti diffusi e collettivi. In definitiva, gli spetta fare rispettare i diritti fondamentali, molti dei quali sono collettivi e persino diffusi.

<sup>40</sup> MAZZILLI, H.N. *Introdução* cit. (nota 39), p. 68-69.

<sup>41</sup> Tra i quali si trascrivono: § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional; § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento; § 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

In grande parte dei casi, questi diritti sono violati dai governi nei tre ambiti della federazione brasiliana (*União, Estado e Município*). Perciò, si tratta di un'istituzione indipendente e forte, che è una vera difensora del popolo nei confronti del governo.

Nell'ambito interno del *Ministério Público*, c'è specializzazione di competenza dei suoi membri. L'articolo 12 della Legge Complementare 75/93, cosiddetta *Lei Orgânica do Ministério Público da União* disciplina la carica di *Procurador dos Direitos do Cidadão* (procuratore dei diritti del cittadino), a cui viene affidato più direttamente la difesa dei diritti costituzionali dei cittadini. Inoltre, nel *Ministério Público* degli *Estados*, a seconda della legge rispettiva, può esserci anche la specializzazione come, ad esempio, la figura del *Promotor de Justiça da cidadania* stabilita dall'articolo 295, IX, della *Lei Orgânica Estadual do Ministério Público* attinente allo Stato di San Paolo,<sup>42</sup> a cui viene affidata la garanzia dell'effettivo rispetto ai diritti garantiti nella Costituzione federale e statale dai poteri pubblici e dai servizi di rilevanza pubblica, nonché della probità e legalità amministrative e della protezione del patrimonio pubblico e sociale.

## 6. Elementi comuni tra il Tribunale e il *Ministério Público* brasiliano

Viste le principali caratteristiche del Tribunale della Plebe e del *Ministério Público* del Brasile, si può dire che l'organo brasiliano ha funzioni di natura tribunizia.<sup>43</sup>

Infatti, il *Ministério Público* può essere ritenuto una *magistrature particulière* che è indipendente dai tre poteri e non appartiene a nessuno di loro, svolge un ruolo di collegamento tra il governo e il popolo, rivestendo la funzione di difensore dell'ordinamento giuridico come il *conservateur des lois et du pouvoir législatif* nel pensiero di Rousseau.

E tante volte protegge il popolo contro il governo.

Inoltre, come il tribunato rousseauiano, il *Ministério Público* non ha nessuna parte del potere legislativo né dell'esecutivo.

Il *ne pouvant rien faire, il peut tout empêcher* ha sfumature diverse e più sottili rispetto al tribunato di Rousseau.

A mio avviso, nei confronti del *Ministério Público*, la frase di Rousseau va interpretata come uno staccamento formale dai tre poteri nel senso che la legislazione, l'esecuzione e la giurisdizione non gli spettano direttamente.

<sup>42</sup> Legge Complementare n. 734/93 di San Paolo.

<sup>43</sup> Anche R. B. Poletti, nello scritto *Repercussão do Direito Público Romano no Constitucionalismo brasileiro*, in *Ius Antiquum*, 1, 1996, p. 153 riconosce certo parallelismo tra il *Ministério Público* e il Tribunale della Plebe nel riferirsi a *Defensor do Povo* e nell'affermare che le funzioni svolte da quello *podem ter alguma semelhança com as tribunicias*.

D'altra parte, anche se la legge ordinaria prescrive la presa di misure direttamente dall'organo,<sup>44</sup> quelle più gravi devono essere sottoposte a controllo giurisdizionale e quindi sono soggette al *due process of law*.

Questi limiti sono necessari per un adeguato funzionamento della democrazia. Lo stesso Rousseau prevede il tribunato, saggiamente temperato, come il più stabile appoggio di una buona costituzione, ma che non appena avesse raggiunto troppa forza, avrebbe rovesciato tutto (*mais pour peu de force qu'il ait de trop, il renverse tout*).

La possibilità di esercizio di azione rende il *Ministério Público* più efficace di altre figure odierne di difensori civici perché gli agenti pubblici hanno coscienza delle implicazioni legali delle loro azioni o omissioni.

L'assenza di elezione dei membri del *Ministério Público* non scaratterizza gli aspetti tribuniti dell'istituzione. Anzi il concorso pubblico rende l'accesso democratico a tutti cittadini in possesso dei requisiti legali.

Come si è detto prima, la crisi della tripartizione dei poteri e il sorgere di nuove figure di difensore del popolo nelle Costituzioni di paesi diversi ha trovato la sua corrispondenza nella consolidazione delle competenze spettanti al *Ministério Público* brasiliano come garante della libertà dei singoli.<sup>45</sup>

## 7. Considerazioni conclusive

Da quello che si è fin ora esposto, si vede che la teoria della tripartizione dei poteri di Montesquieu, sulla quale si è basato il costituzionalismo contemporaneo, non si è mostrata sufficiente per garantire la pienezza dei diritti dei cittadini.

Come alternativa a tale situazione, bisogna riprendere la nozione di Tribunale praticamente abbandonata dall'odierno diritto pubblico.

In effetti, il Tribunale costituisce una forma di esercizio del potere negativo da parte del popolo, anche se indirettamente, per cui gli è possibile opporsi agli atti dei detentori del potere. Per la sua natura democratica il Tribunale deve servire da modello all'attuale costituzionalismo.

Negli ultimi anni si è visto il risorgere spontaneo di istituzioni di tipo tribunito nelle recenti figure costituzionali di *defensor del pueblo*, difensore civico ed altre simili.

Tra queste nuove figure costituzionali tribunitie, si potrebbe inserire il *Ministério Público* brasiliano soprattutto se teniamo conto dell'allargamento della sua

<sup>44</sup> Articoli 7 e 8 della Legge Complementare n. 75/93.

<sup>45</sup> Perciò, a mio avviso, il suggerimento di aggiornare la Costituzione brasiliana in modo da adottare l'istituzione di difensore civico è da respingere, come proposta da E. Roza Acuña, *Alcune considerazioni sul Difensore del Popolo Latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 14, 2002.

sfera di attribuzioni a partire dalla promulgazione della Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile nel 1988.

Il *Ministério Público* è un organo non appartenente a nessuno dei tre poteri e quindi indipendente. Ad esso compete la difesa dell'ordinamento giuridico, del regime democratico e dei diritti individuali e sociali indisponibili (art. 127, della Costituzione brasiliana), nonché curare l'effettivo rispetto dei diritti garantiti nella Costituzione dai poteri pubblici e dai servizi di rilevanza pubblica.

La *tribunicia potestas* affidata a un organo indipendente, come accade nell'esempio brasiliano, è efficace per la garanzia dei diritti dei cittadini soprattutto nei confronti dei governanti.

Inoltre, la possibilità di agire direttamente rende il *Ministério Público* in esame più efficiente se confrontato con le suddette figure di *defensor del pueblo* o *ombudsman*.

Dunque, si può ritenere che il *Ministério Público* del Brasile ha elementi di tipo tribunizio.

La ripresa della struttura del Tribunato e l'esame dell'organo brasiliano meritano un approfondimento dagli studiosi del diritto pubblico in modo da rivedere la teoria della tripartizione dei poteri. Inoltre, potrà servire come modello ad altre Costituzioni per rendere l'esercizio dei poteri più democratico.

Roma, junho de 2007 (revisto em 2011).

#### Indice delle Fonti:

Fonti giuridiche romane

Digesto 1.2.2.20.

Fonti letterarie greco-romane

Cicero, Pro Sestio, 37.79.

Dionysios Halicarnasensis, Antiquitates Romanae, 7.17.5; 8.87.6

Gellius, Noctes Atticae, 13.12.9-11.

Livius, Ab urbe condita, 2.33.

Macrobius, Saturnalia, 1.3.8.

Plutarchus, Questiones Romanae, 81.

Servius, Ad Aeneidos, 5.738.

Fonti giuridiche moderne

Ordenações Manuelinas, 1.34.

Constituição do Império do Brasil de 1824, art. 48.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, art. 58, § 2º.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, art. 95-98.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, art. 125-128.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, art. 94-96.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1969, art. 94-96.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 2, 127-130.

Lei Complementar n. 75/93, art. 12.

Lei Complementar do Estado de São Paulo n. 734/93, art. 295, IX.

## Referências

BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1958. v. 1.

CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Bari: Laterza, 2002.

CATALANO, Pierangelo. *Tribunato e resistenza*. Torino, 1971.

\_\_\_\_\_. Poder negativo. In: ENCICLOPÉDIA SARAIVA DE DIREITO, 59. São Paulo: Saraiva, 1981.

\_\_\_\_\_. Derecho público romano y principios constitucionales bolivarianos. In: CONSTITUCIÓN y constitucionalismo hoy (Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo). Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.

\_\_\_\_\_. Crise de la division des pouvoirs et tribunaux (le problème du pouvoir négatif). In: VACCHINA, M. G. (Org.). *Attualità dell'Antico*, 6, Aosta, 2005.

\_\_\_\_\_. Sovranità della Multitudo e Potere Negativo: un aggiornamento. *Studi in onore di Gianni Ferrara*, v.1, Torino, Giappichelli, 2005.

CATALANO, Pierangelo; LOBRANO, Giovanni; Schipani, Sandro (Org.). Da Roma a Roma. Dal tribuno della plebe al difensore del popolo. Dallo jus gentium al Tribunale penale internazionale, Roma. *Quaderni Istituto Italo-Latino Americano*, 2002.

DE MARTINO, Francesco. *Storia della costituzione romana*. Napoli: Jovene, 1972. v. 1.

DIAS, Mario. *Ministério Público brasileiro*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. v. 1.

GROSSO, Giuseppe. *Lezioni di Storia del Diritto Romano*. Torino: Giappichelli, 1965.

JEMOLO, Arturo Carlo. *La crisi dello Stato moderno*. Bari: Laterza, 1954.

LOBRANO, Giovanni. *Il potere dei tribuni della plebe*. Milano: Giuffrè, 1982.

\_\_\_\_\_. Del defensor del pueblo al tribuno de la plebe: regreso al futuro. Un primer bosquejo de interpretación histórico-sistemática con atención particular al enfoque bolivariano in Roma e America. *Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 14, 2002.

\_\_\_\_\_. Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e il 'modello del diritto pubblico romano. In: *Diritto e Storia*, 5, 2006.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*. Torino: Bollati Boringhieri, 1994.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. *De l'Esprit des lois*. Paris: Gallimard, 1995. Genève, Barillot & fils, 1748.

POLETTI, Ronaldo de Britto. *Repercussão do Direito Público Romano no Constitucionalismo brasileiro*. *Ius Antiquum*, 1, 1996.

RICHARD, Jean-Claude. *Les origines de la plèbe romaine*. Essai sur la formation du dualisme patricio-plebeien. Roma: École Française de Rome, 1978.

ROMANO, Santi. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. Milano: Giuffrè, 1969.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Amsterdam: Marc-Michel Rey, 1762 (= *Du contrat social*, Paris, Flammarion, 1992).

ROZO ACUÑA, Eduardo. Alcune considerazioni sul difensore del popolo latinoamericano, in Roma e America. *Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 14, 2002.

SERRAO, Feliciano. *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*: 1. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica. Napoli: Jovene, 2006.

VALLADÃO, Alfredo. *Ministério Público: quarto Poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.